

Aplicação da teoria da função promocional nas normas processuais civis do Direito brasileiro como substrato do Estado Democrático de Direito

Application of the theory of promotional function in the civil procedural rules of Brazilian Law as a substrate of the Democratic State of Law

Héctor Valverde Santanna¹

Kênia Rodrigues de Oliveira²

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a aplicabilidade da teoria da função promocional do direito nas normas de Direito Processual Civil, observando a teoria funcionalista demonstrada por Norberto Bobbio, e sua eventual aplicação nas relações jurídicas, principalmente voltadas ao Direito Processual, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, em razão da observação do controle social inerente ao ordenamento jurídico. Questiona-se se a utilização das sanções premiais para a interpretação e aplicação das normas contribui para a eficácia da solução dos conflitos de interesses após a vigência do novo Código de Processo Civil de 2015? Com uma abordagem qualitativa, após o diagnóstico, foi possível perceber que o novo Código de Processo Civil apresenta dispositivos que retratam as sanções premiais e, embora não haja uma ampla discussão e aplicação desta modalidade sancionatória, ela é ferramenta importante para a interpretação das normas de Direito Processual Civil.

¹ Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito do Consumidor e Teoria Geral do Direito do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Professor de Direito do Consumidor do Centro Universitário da União Educacional do Planalto Central Aparecido dos Santos (UnICEPLAC). Professor de Direito do Consumidor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (FESMPDFT). Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). E-mail: hector.santana@ceub.edu.br.

² Doutoranda e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Pós-Graduação em Direito Penal pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Anápolis (UnEVANGÉLICA). Professora de Direito Civil e Processual Civil na Faculdade Evangélica de Goianésia. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. E-mail: keniaroger@hotmail.com.

Palavras-chave: Controle social. Estado democrático. Incentivos. Norberto Bobbio. Sanções. Teoria funcionalista do Direito.

Abstract

The objective of this article is to analyze the applicability of the theory of the promotional function of law in the rules of Civil Procedural Law, observing the functionalist theory demonstrated by Norberto Bobbio, and its possible application in legal relations, mainly focused on Procedural Law, after the Code's validity. Civil Procedure Law 2015, due to the observation of the social control inherent to the legal system. It questions whether the use of premium sanctions for the interpretation and application of the rules contributes to the effective resolution of conflicts of interest after the new Civil Procedure Code of 2015 is in force? Based on a qualitative approach, after the diagnosis, it was possible to notice that the new Code of Civil Procedure has provisions that portray the premium sanctions and, although there is not a wide discussion and application of this sanctioning modality, it is an important tool for the interpretation of the rules of Civil Procedural Law.

Keywords: Democratic state. Incentives. Functionalist Theory of Law. Norberto Bobbio. Sanctions. Social control.

Introdução

O tema central do presente artigo está relacionado a duas discussões de grande relevância jurídica. A primeira discussão está voltada à utilização da teoria funcionalista para a interpretação e aplicação das normas de Direito, principalmente quanto ao emprego das sanções premiais, como instrumento de controle social, inerentes ao Estado Democrático de Direito. A segunda discussão investiga a utilização da teoria funcionalista nas relações de Direito Processual Civil, principalmente em relação aos seus efeitos após a vigência do atual Código de Processo Civil.

O entendimento a respeito da interpretação das normas de Direito vem passando por um constante processo de evolução, que pode ser observado por meio de uma vasta discussão que há muito se faz sobre o que é o direito e qual a sua função. Norberto Bobbio³ demonstra que os estudos do Direito perfazem um trajeto desde a base estruturalista para um crescente juízo de apreciação da função das normas.

³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria de direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri: Editora Malone, 2007.

A discussão oferecida por este autor aqui observada destaca que, além da importância atribuída aos estudos da teoria estruturalista, que analisa o direito em sua composição, baseada no controle social por meio da ameaça e aplicação de sanções coercitivas (teoria esta sustentada por, dentre outros, Hans Kelsen) é possível um controle social realizado por métodos de incentivo.

José Eduardo Faria⁴ explora o assunto afirmando que se por um lado a abordagem estrutural está voltada à sistematização dos ordenamentos, numa tradição formal da dogmática jurídica, de outra sorte, a abordagem funcional está preocupada com os valores sociológicos, econômicos e políticos que se podem alcançar por meio do entendimento das funções do Estado contemporâneo.

A teoria funcionalista demonstrada por Norberto Bobbio afirma que o controle social deverá, sempre que possível, ser promovido por meio de mecanismos de incentivo ou encorajamento e não meramente por intermédio das sanções coercitivas ou de desencorajamento nas relações jurídicas, conforme tradicionalmente se vem interpretando as normas jurídicas, conforme expõe Kleber Jorge de Araújo⁵.

Percebe-se, assim, que, para este controle social mais dinâmico, é necessário uma interrelação entre as partes, num constante cumprimento do dever de cooperação processual, bem como da figura de um juiz mais atuante e dinâmico na condução do processo, visando tornar mais efetiva a utilização das técnicas de incentivo.

A abordagem voltada para a aplicação do Direito nos dias atuais impõe a figura de um juiz que tenha a criatividade necessária e a ousadia suficiente para sair do esquema vencedor-perdedor. Um juiz que seja consciente da sua função e prudente no exercício da jurisdição, e deste modo, tenha condições de oferecer à sociedade uma solução factível e plausível, no sentido de refletir os valores

⁴ FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: O direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

⁵ ARAÚJO, KLEBER JORGE DE. A função promocional do Direito na busca pela concretização das ordens e dos direitos sociais, à luz da teoria funcionalista de Bobbio. **Revista de Direito**, v. 09, n. 01, p. 125-154. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090105>. Acesso em: 20 set. 2020.

públicos que devem ser o resultado da atividade jurisdicional, conforme reflete Sérgio Cruz Arenhart⁶.

Ao observar as normas de Direito Civil material ou processual vigentes no ordenamento jurídico brasileiro é possível perceber uma disposição significativa de textos legais prevendo mecanismos de coerção para o cumprimento das obrigações. Por outro lado, não é tão vasta a previsão de meios de incentivo ao cumprimento de prestações assumidas nas relações jurídicas.

As tentativas de se evitar o descumprimento do dever jurídico inerente a uma determinação judicial ou a uma obrigação assumida em contrato têm sido geralmente promovidas mais por técnicas de desencorajamento para evitar uma punição do que pelas técnicas de encorajamento para se obter um prêmio.

A questão que se propõe para o desenvolvimento da presente pesquisa está relacionada à utilização da proposta oferecida pela teoria do direito promocional para a interpretação e aplicação das normas de Direito Processual Civil como contribuição para a solução dos conflitos de interesses de natureza patrimonial após a vigência do novo Código de Processo Civil.

O objetivo geral deste artigo é analisar a aplicabilidade da teoria da função promocional do direito nas normas de Direito Processual Civil, observando a teoria funcionalista demonstrada por Norberto Bobbio, e sua eventual aplicação nas relações jurídicas, principalmente voltadas ao Direito Processual, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, em razão da observação do controle social inerente ao ordenamento jurídico.

Utiliza-se nesta pesquisa uma abordagem qualitativa para investigação da utilização da teoria da função promocional como ferramenta para a eficácia das normas processuais civis no direito brasileiro. Foram realizadas, quanto às fontes utilizadas para a abordagem e tratamento de seu objeto, pesquisas bibliográficas, e ainda, quanto aos objetivos, de uma pesquisa explicativa.

O presente artigo foi dividido em dois tópicos. O primeiro tópico refere-se a um levantamento realizado a respeito das discussões sobre a aplicabilidade das sanções premiais para o exercício do controle social em um Estado

⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, ano 38, v. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Democrático de Direito. O segundo tópico oferece um diagnóstico a respeito dos efeitos das sanções coercitivas e premiais nas relações processuais civis.

1. Aplicação das sanções premiais como substrato da teoria funcionalista para o controle social

A interpretação das normas de Direito é geralmente realizada por meio de uma busca de significados, inclusive quanto ao que é o próprio direito e qual a sua função. Deste modo, observa-se a relevância do direito como ferramenta de controle social utilizada em um Estado Democrático de Direito.

A percepção de como o Estado atinge este objetivo é importante na análise da estrutura e funcionamento do ordenamento jurídico, principalmente identificando uma das técnicas de controle mais eficazes por ele utilizada que é a sanção. Diz-se uma das técnicas, pois evidentemente não é a única, inclusive levando-se em consideração a concepção de que existem normas jurídicas sem caráter sancionatório.

Darci Guimarães Ribeiro⁷ lembra a importância da correlação existente entre a norma jurídica e a sanção, uma vez que a eficácia da norma depende diretamente da intensidade da sanção, ou seja, a maior ou menor eficácia da norma está totalmente relacionada com a maior ou menor intensidade da sanção.

As sanções são atos de coerção estabelecidos contra uma ação ou omissão, determinada por meio da ordem jurídica, relacionada com o dever jurídico, conforme expõe Hans Kelsen⁸. O indivíduo estará juridicamente obrigado ao dever de cumprir uma certa sanção, caso ele incorra em uma conduta considerada ilícita pelo ordenamento jurídico, ou por seu próprio comportamento poderá afastar a sanção, em decorrência de uma conduta oposta.

As sociedades civilizadas conferem sanções àquelas pessoas que lhes estão subordinadas visando à proteção de direitos e dignidade, resguardando,

⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

assim, valores inerentes à pessoa para que sejam inibidos comportamentos danosos. Deste modo, dentre as atribuições do Estado e da sociedade está à conservação da dignidade como valor comunitário ainda que para isso seja necessário que os poderes públicos interfiram nas relações sociais, conforme argumenta Luís Roberto Barroso⁹.

O instrumento que objetiva o controle social, garantindo a eficácia das normas de direito em um Estado Democrático, pode ser utilizado de forma coercitiva, com as sanções que visam reprimir ou punir quando da prática de determinados atos, ou sob a forma de incentivo, estimulando que determinadas condutas sejam realizadas. As primeiras recebem o nome de sanções repressivas, negativas ou coercitivas e as segundas, sanções premiais, positivas ou promocionais.

José Eduardo Faria¹⁰, ao analisar este ponto, oferece uma reflexão quanto a se, na prática, essas sanções são autônomas e independentes entre si, ou se, do contrário, elas articulam-se visando uma mesma finalidade. Afirma que as sanções não possuem identidade própria, pois há uma interpenetração qualitativa entre elas.

Embora seja possível classificar a sanção nestes dois aspectos: repressivos e premiais, a expressão sanção é usada com mais frequência, e, sem seu respectivo adjetivo, retrata exclusivamente, as sanções repressivas, conforme a linguagem utilizada na interpretação das previsões do ordenamento jurídico, correspondendo a espécie de sanção mais conhecida e estudada, nos termos sustentados por Darci Guimarães Ribeiro¹¹.

Não é unanimidade o reconhecimento das sanções premiais, vistas aqui, como modalidades de sanção. Hans Kelsen¹², por exemplo, reconhece a importância de se estabelecer uma prescrição de vantagem ou prêmio em

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Editora Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

¹⁰ FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**.

¹¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**.

decorrência da conduta humana praticada. Neste sentido, ensina ainda que o fato de reagir a um certo comportamento com um prêmio ou uma pena é um princípio retributivo, e que o prêmio e o castigo podem ser considerados como sanção, mas não o são, usualmente, pois em regra, sanções são apenas as condutas vinculadas a uma determinada pena, e não a um prêmio.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹³ entende que as normas de direito são imperativos sancionadores, além do fato de serem ordens condicionais, uma vez que a disposição da sanção prevalece em relação ao comportamento a que ele é atribuído.

O entendimento que prevalece para a maioria dos autores é o de que as regras têm o caráter sancionador. A interpretação da norma com outro viés é uma inovação (que embora já vem se discutindo a algum tempo) que nem todos estão dispostos a realizar, dificultando sua prática.

As prescrições de direito, conforme argumenta Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁴, pressupõem a “natureza decaída do homem, e por esta razão, todo direito contém, pela sua essência, uma proibição”. Alega ainda que o caráter da norma se assenta numa função imperativa, que pela sua própria essência obriga as pessoas a fazerem ou a deixarem de fazer alguma coisa, sob pena de submeter-se às correspondentes punições legais. Este aspecto diferencia uma norma cujo conteúdo tem a natureza indicativa¹⁵, e no contexto deste estudo, uma natureza premial.

Os argumentos acima expostos demonstram a relevância atribuída as sanções repressivas e a pouca difusão das sanções de caráter premial. Isso porque, as próprias normas jurídicas não oferecem quantidade relevante de dispositivos contendo sanções de conotação promocional. Portanto, seja pela vasta bibliografia narrando a relevância do poder sancionatório para as sanções negativas, e a expressiva previsão legal para isso, pode-se perceber que a utilização de sanções premiais ainda caminha a passos lentos.

¹³ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. 15. reimpr. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 25.

¹⁵ Tércio Sampaio Ferraz Júnior define função indicativa quando a norma apenas mostra o conteúdo da prescrição, não havendo determinação de comportamento.

Em que pese à relevância das sanções repressivas ou coercitivas e a sua ampla utilização no ordenamento jurídico, as sanções premiais merecem atenção pela sua relevância em influenciar as pessoas quanto ao cumprimento de determinada norma, pelo incentivo despertado para, por meio de suas condutas voluntárias, atingir determinada finalidade esperada pela norma.

As sanções premiais foram desenvolvidas para que a pessoa utilize de um juízo de ponderação, avaliando se existe um valor jurídico significativo em obedecer a norma, recebendo, portanto, os benefícios nela previstos, ou, por outro lado, descumprindo-a por entender que as recompensas ou facilidades dispostas na norma não são relevantes, conforme analisa Norberto Bobbio¹⁶.

O Estado objetiva garantir seu adequado funcionamento por meio de condutas voluntárias, que foram realizadas por ações concretas em que as pessoas, ao refletirem sobre as eventuais consequências de seus atos, optaram em realizar determinadas condutas para alcançar certos incentivos ou recompensas, vez que esta técnica facilita o cumprimento das normas jurídicas e exige do Estado apenas um poder de polícia fiscalizatório destas condutas, conforme preleciona Darci Guimarães Ribeiro¹⁷.

Os instrumentos de controle social aqui expostos, repressivos ou promocionais, visando o alcance da finalidade do Estado, que é o cumprimento das normas jurídicas, alcançam este desígnio, seja impedindo que uma determinada ação seja realizada, com a punição para quem as pratica, ou incentivando o exercício daquelas condutas que elege como necessárias, premiando quem a realiza.

A distinção apresentada por Norberto Bobbio¹⁸ é relevante quanto a um modelo de ordenamento jurídico protetivo-repressivo de um promocional. Isso porque o primeiro, por meio de técnicas de desencorajamento, estimula impedir a prática de condutas por ele não desejadas e, por outro lado, nas técnicas de encorajamento, incentivam a realização de ações desejáveis com a premiação pela prática de certas condutas. Nesta última, busca-se deixar a ação pretendida necessária, fácil e vantajosa.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria de direito.

¹⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.**

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria de direito.

A observação entre estes modelos de desencorajamento e encorajamento é importante para comparar essas condutas sob o enfoque da estrutura e da função das normas jurídicas.

A reflexão a respeito da função social do direito é importante, principalmente observando que uma análise funcional “significa que um aumento dos meios de socialização e de condicionamento psicológico – e da sua eficácia avança em prejuízo da função tradicionalmente exercida pelos meios de coação”, conforme sustenta Norberto Bobbio¹⁹

Questiona-se qual a relação do direito com a mudança social, e para isso argumenta que a função do direito não é apenas sustentar a ordem estabelecida, mas para além disso, objetiva a sua modificação, adaptando-a às transformações sociais²⁰.

A relevância das técnicas e efeitos das sanções negativas não é ignorada, mas, em atendimento às inovações de um Estado contemporâneo que visa tutelar direitos conforme suas próprias normas, de caráter mais assistencial, não se pode desmerecer a relevância das técnicas de estímulo visando a práticas de atos considerados socialmente adequados ou desejados²¹.

Se as estruturas jurídicas não podem, em todas as situações previstas, serem impostas por normas que dispõem de situações meramente repressivas, por outro lado, sem o oferecimento de recompensas e utilização de mecanismos de estímulos e encorajamento fazem com que os meios de juridicidade se tornem inócuos, conforme argumenta José Eduardo Faria²².

O referido autor sustenta ainda que toda norma, seja com natureza premial ou coercitiva não se limita a proibir ou autorizar comportamentos, pois a norma também tem por objetivo a formação da opinião dos sujeitos que lhe são subordinados, moldando os indivíduos conforme o sentido extraído das leis. A relevância do pensamento de Norberto Bobbio reside na sua tentativa de

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria de direito. p. 90.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria de direito.

²¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria de direito.

²² FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social.

discorrer a respeito das relações entre o direito e a mudança social, oriunda de uma reavaliação ideológica do próprio positivismo²³.

O direito promocional propõe não meramente a possibilidade de recompensar quem se comporta conforme comandos e proibições, por outro lado, muito mais do que isso, utiliza-se de técnicas voltadas a estimular ou desestimular condutas lícitas. Nesse espaço, a norma promocional atua desde a facilitação até a premiação das condutas conforme as escolhas sociais, e por outro lado, dificulta o quanto possível as condutas indesejadas, embora lícitas.

A utilização da teoria de um direito que promove condutas dependerá muito da cooperação das partes no processo e da atuação dinâmica do juiz para buscar meios inovadores, propondo incentivos para as partes no desenvolvimento da marcha processual.

A decisão será legitimada quando tiver a capacidade de convencimento, construída por meio de soluções argumentativamente estabelecidas, demonstrando que foi constituída como a mais adequada para atender o ordenamento jurídico, conforme preleciona Luís Roberto Barroso²⁴.

Os direitos sociais nas relações processuais demandam um comportamento de comunhão entre os sujeitos, em um viés de cooperação, em contraposição com um caráter meramente repressivo, conforme disposto nos ordenamentos tradicionais.

2. Efeitos das sanções coercitivas e premiais nas relações de Direito Processual Civil

O Direito Processual Civil é um importante campo do direito, pois é por ele que os litigantes tem acesso a um provimento jurisdicional que venha a colocar fim ao conflito de interesse posto. O provimento jurisdicional deverá ser capaz não apenas de garantir ao autor o acolhimento ou rejeição de seus pedidos, mas de reafirmar os direitos de cada uma das partes que se depararam em uma situação de litígio. O cumprimento da função social do direito demanda

²³ FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

o respaldo oferecido pelo Poder Judiciário e que promova, de fato, a composição dos interesses dos litigantes.

Alexandre Freitas Câmara²⁵ afirma que, visando obter acesso a um provimento jurisdicional justo, os titulares dos interesses em conflito devem ter a garantia de uma prestação jurisdicional adequada e eficaz, oferecendo respaldo jurídico para que os envolvidos tenham protegidas suas pretensões.

O acesso à justiça corresponde à ideia de que o sistema jurídico visa assegurar diversos direitos estabelecidos pela norma, a saber: a garantia da assistência judiciária gratuita para fins de acesso ao Poder Judiciário dos hipossuficientes econômicos, a proteção dos interesses coletivos e difusos, a proteção dos direitos dos vulneráveis materialmente, a tendência cada vez maior de informalidade dos procedimentos em juízo, aplicação das regras da boa-fé nas relações jurídicas, a valorização dos meios de solução de conflitos, como a arbitragem, mediação, centros de conciliação, dentre outros.

Alexandre Freitas Câmara²⁶ alega que é possível observar que existe uma tendência cada vez maior de procurar garantir aos jurisdicionados uma satisfação por meio da devida prestação da tutela jurisdicional. Esta deve ser efetiva e adequada para gerar verdadeira proteção às posições jurídicas que vierem a ser lesadas ou ameaçadas, ou seja, a preocupação em descobrir instrumentos capazes de garantir uma prestação jurisdicional apropriada a satisfazer as partes que buscam no Poder Judiciário abrigo para suas pretensões e demandas.

A tentativa de estimular a utilização das sanções de caráter premial, visando uma solução pacífica dos conflitos, ao contrário do que se pode obter por meio do uso das sanções coercitivas, é capaz de originar como sucedâneo do princípio da cooperação, expressamente previsto no art. 6º do Código de Processo Civil²⁷, imputando a todos os sujeitos participantes do processo o dever

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

de cooperar entre si, visando a solução do litígio com efetividade e em tempo razoável.

Se as partes devem colaborar com o juiz, auxiliando-o na exposição dos argumentos e apresentação das provas, facilitando a formação de seu convencimento, o juiz, da mesma forma, deverá colaborar com as partes, ouvindo-as sempre que necessário e prevenindo-as conforme as vantagens de conciliação ou prerrogativas processuais que podem ser utilizadas para a solução do conflito de interesses, inclusive alertando-as dos efeitos do cumprimento das determinações legais de caráter premial.

A colaboração dos sujeitos exige uma participação mais efetiva e atuante do juiz, e, conforme argumenta Daniel Amorim Assumpção Neves²⁸, o juiz deverá entrosar-se com as partes, de forma que o resultado do processo seja fruto desta participação conjunta dos envolvidos. Ademais, o juiz tem a função de integrar o debate provindo da demanda, buscando uma melhor prestação jurisdicional.

Daniel Amorim Assumpção Neves²⁹ alerta que o juiz pode estimular o dever de esclarecimento, buscando das partes as informações que necessite, consultá-las antes de proferir decisão e, principalmente, de prevenir os litigantes de eventuais deficiências a fim de serem solucionadas, evitando-se assim nulidades, bem como, orientação das vantagens e consequências em decorrência do comportamento de cada uma delas.

Não se trata aqui, na aplicação deste dever de cooperação, de um espírito de solidariedade entre as partes e demais sujeitos processuais, pois cada um deles tem seus próprios interesses e objetivos e assim, não se espera nessa argumentação uma posição de dependência recíproca entre as pessoas.

O objetivo da aplicabilidade deste princípio, que permite uma participação maior dos sujeitos processuais na condução do processo, é, por um lado, o de aumentar o poder das partes de convencimento do juiz, influenciando de uma maneira mais efetiva o resultado do processo que melhor lhe interessa e, por outro lado, estimular a atuação do juiz, que não pode mais, conforme um Direito

²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Po-divm, 2016.

²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**.

Processual Contemporâneo, manter-se estático, aguardando o impulso das partes no processo.

O juiz nos tempos atuais deverá ter um comportamento mais ativo, visando à qualidade na solução dos conflitos no menor tempo possível, aplicando, quando for o caso, as sanções previstas no ordenamento jurídico como meio de encorajamento ou desencorajamento das condutas das partes.

Humberto Theodoro Júnior³⁰ entende que o processo moderno é imbuído, além de um valor jurídico, de uma carga ética, mas que não há prevalência do valor ético sobre o jurídico, pois cada um deles tem sua própria natureza, método e campo de incidência. Diferente da ética, o direito é delimitado pelos órgãos políticos, no exercício de atividade soberana. A transgressão das suas regras acarreta em censura do poder público por meio de sanções típicas de caráter coercitivo.

O devedor de uma prestação assumida, voltada às normas de direito civil/processual civil pode ser intimidado a proceder com o adimplemento da obrigação por meio das medidas coercitivas (ou repressivas), como por exemplo, o desapossamento, a expropriação, a imposição de multa, a prisão civil para devedor de alimentos, a restrição de direitos, dentre outros.

Por outro lado, ele poderá ser incentivado a cumprir com a prestação por meio das sanções premiais como, por exemplo, na isenção ao pagamento de custas se houver pagamento da dívida quando da citação na ação monitória. Ainda pela redução de honorários advocatícios pela metade, em caso de pagamento integral do débito nas ações executivas de título extrajudicial, ou também a possibilidade de parcelamento da dívida em até seis vezes, quando do pagamento nas ações de execução, no prazo de três dias, dentre outras, conforme exemplifica Fredie Didier Júnior³¹.

O juiz deverá buscar a mais adequada condução do processo com a utilização de meios inspirados nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, visando a solução que melhor atenda aos valores em conflito,

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie et. al.. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. Salvador: JusPodivm, 2018.

conforme expõe Fredie Didier Júnior³². Além disso, a decisão judicial deverá, em cumprimento ao mandamento legal, ser motivada para fins de esclarecer aos demais sujeitos a *ratio decidendi*.

Jürgen Habermas³³ considera que as decisões motivadas racionalmente só se formam sobre a base de um consenso que “é produzido pelo discurso convincente”. O discurso proferido nas decisões judiciais, além de tentar resolver o conflito, deverá intervir conscientemente na interpretação das disposições legais, visando observar diferentemente da visão tradicional. A decisão judicial visa convencer as partes vinculadas naquela demanda, que esta foi a melhor decisão possível de ser tomada naquele contexto fático apresentado.

A função do juiz como intérprete não está reduzida a uma atribuição técnica para demonstrar a solução exatamente como está prevista no enunciado normativo. O intérprete revela-se como um coparticipante do processo criativo da norma, aperfeiçoando as atribuições desenvolvidas pelo constituinte ou legislador, pois ele atua extraíndo valor e sentido ao fazer as escolhas entre as possíveis soluções apresentadas no ordenamento jurídico, conforme esclarece Luís Roberto Barroso³⁴.

Norberto Bobbio³⁵ argumenta que para analisar a validade de uma norma é necessário investigar se a autoridade de onde ela surgiu detém o poder legítimo para seu estabelecimento, bem como se não houve quaisquer dos critérios para a retirada de sua vigência pela revogação, além de apreciar se esta norma não é incompatível com outras no sistema jurídico vigente.

O cumprimento de uma certa norma enseja a reflexão da superação do problema da eficácia desta mesma norma no ordenamento jurídico vigente. A norma jurídica é considerada eficaz e, portanto, apta ao cumprimento, quando é seguida pelas pessoas a quem a norma é dirigida, conforme expõe Norberto Bobbio³⁶.

³² DIDIER JÚNIOR, Fredie e outros. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**.

³³ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 30.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista; apresentação de Alaôr Caffé Alves. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**.

Observa-se, portanto, que uma das questões inevitáveis da sociedade contemporânea está voltada ao fato de que, com a expansão das relações negociais, em decorrência do mercado de consumo muito mais abrangente, há um aumento significativo das demandas apresentadas em juízo, como reflexo das relações econômicas em geral. Os conflitos de interesses estão cada vez mais judicializados, na tentativa de dirimir prejuízos em razão de um mal negócio ou do alargamento de inadimplência.

O Poder Judiciário tem presenciado um grande incremento de novas ações e, nas discussões que envolvem direitos patrimoniais, isso pode ser verificado, além de outros fatores, em razão da valorização das normas de Direito do Consumidor e do Direito Empresarial, da divulgação de informações por uma comunicação cada vez mais rápida pelas mídias, inclusive as sociais, despertando nas pessoas a intensão de busca por direitos.

A atuação do juiz nestas demandas é extremamente relevante, pois o magistrado atua como uma verdadeira intervenção externa sobre o contrato. A intervenção judicial promove uma interpretação negocial com força vinculante para as partes, estabelecendo qual é o sentido a reconhecer à expressão controversa, e deste modo, apresentando a solução para o conflito surgido, conforme expõe Enzo Roppo³⁷.

Existe um verdadeiro estímulo aos contratos e, com isso, a possibilidade, pelo princípio da autonomia da vontade, de optar quando e com quem contratar. Neste sentido, Enzo Roppo³⁸ argumenta que a liberdade contratual é um instrumento para o exercício de outros direitos. Cabe ao juiz zelar pela preservação desta prerrogativa inserida no princípio da autonomia da vontade.

Como sujeito relevante nas relações jurídicas em que atua, o juiz deverá posicionar-se de maneira mais proativa, para além de meramente vincular-se ao pedido interposto. Deverá buscar a melhor solução para as partes envolvidas nas relações processuais, oferecendo todas as possibilidades jurídicas para a melhor solução ao caso concreto, além, inclusive das normas positivadas.

³⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

³⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**.

Sérgio Cruz Arenhart³⁹ argumenta que há uma tendência de oferecer ao juiz a possibilidade de dar ao caso concreto a proteção necessária, independentemente dos rigores do pedido explicitamente realizado na petição inicial. O provimento jurisdicional pode impor um plano de ação de forma a atingir o resultado almejado, havendo maior amplitude para a indicação das providências a serem adotadas na solução do litígio e para a eleição dos mecanismos a serem empregados para chegar àquele objetivo.

O fundamento desta questão ocorre em razão de que as normas de aplicação do direito civil/processual civil estão muito mais direcionadas a punir o devedor de uma obrigação, apresentando meios coercitivos para este fim, do que oferecer meios de incentivo, estimulando o devedor ao cumprimento das disposições contratuais.

Estimular o cumprimento de uma determinada obrigação é mais eficaz ou proveitosa ao credor do que punir o devedor pelo não adimplemento. Este último ponto nem sempre é eficiente ao credor porque, muito embora seja possível agravar a situação do devedor inadimplente, talvez ele não tenha recursos para o pagamento tanto do principal, quanto do acréscimo punitivo que lhe for imputado.

José Eduardo Faria⁴⁰ argumenta que toda sanção oferece um grau de coercibilidade. As sanções punitivas causam uma repressão para o alcance de seu fim, por outro lado, as sanções premiais ocasionam um processo de confraternização entre os sujeitos processuais, com mútuo apoio entre os envolvidos.

Na busca pela adequada solução dos litígios inerentes as normas de Direito Processual Civil é muito importante promover essas técnicas de encorajamento estabelecidas nas disposições que retratam um direito promocional (utilizando-se de sanções premiais) para que se alcance a finalidade do processo, que é a devida solução destes conflitos de interesses de maneira mais vantajosa para ambas partes envolvidas, uma vez que o autor

³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro.

⁴⁰ FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social.

obtem a sua resposta jurisdicional satisfatória, com menos danos causados ao requerido, que foi incentivado a cumprir a prestação devida.

O juiz que estimular essas práticas, ora previstas no ordenamento jurídico, ora estabelecidas pela própria decisão, estará praticando a cooperação entre os envolvidos no processo de forma dinâmica e eficaz, promovendo a consolidação dos fins estatuídos pelo Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

Muito se tem buscado nos dias atuais, principalmente após a vigência da nova legislação processual civil, de mecanismos punitivos ao devedor de uma obrigação. Oferecem-se várias possibilidades de privação de direitos que servem para coibir certas condutas ou obrigar o devedor a cumprir sua obrigação, sob pena de se ver privado de bens, valores ou direitos.

O Código Processual Civil brasileiro de 2015 ⁴¹ oferece diversos dispositivos para influenciar no deslinde da demanda, corroborando este aspecto punitivo contra o devedor, desencorajando-o a descumprir sua obrigação de adimplemento das prestações assumidas nas relações jurídicas.

Em que pese à relevância dessas disposições de natureza coercitiva ou repressiva, é interessante ressaltar e analisar outros instrumentos para que se alcance esses fins, mas que, pelo contrário, utilizam-se de estímulos ou incentivos para a prática de certas condutas, por meio das sanções premiais para estimular o devedor quanto ao cumprimento das obrigações jurídicas constituídas.

Verifica-se que a análise da discussão e inter-relação das teorias de direito conforme aqui expostas, além da observação da legislação pertinente, busca constatar se existe a utilização da teoria funcionalista, principalmente quanto ao uso do sentido do direito promocional, nas demandas de direito processual civil brasileiro, e se, havendo a aplicabilidade desta ferramenta, quais os efeitos são possíveis de serem identificados.

Percebe-se que as sanções premiais são estabelecidos para que as pessoas façam um juízo de valor para optar pelo incentivo previsto na norma e

⁴¹ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

assim, encorajar-se a cumpri-la, ou por outro lado, não se veem estimuladas ao adimplemento da prestação. As sanções premiais visam inculcar no devedor de uma obrigação, um encorajamento para obter recompensas ou facilidades para o alcance de um benefício que lhe seja desejado, no cumprimento de deveres jurídicos.

Observe-se, ainda, que o estímulo a estas práticas de encorajamento ao devedor deve ser utilizado no processo, tanto em decorrência da previsibilidade normativa destas espécies sancionatórias, quanto na interpretação e argumentação judicial a fim de estimular a utilização destas técnicas para a resolução dos conflitos.

A previsão a respeito das sanções, sejam elas positivas ou negativas, com objetivo de inculcar no sujeito o justo receito que o faça cumprir a norma é bastante ampla. Identificar e distinguir estas modalidades de sanções previstas nas normas do direito brasileiro é bastante complexo.

Ao observar a previsão normativa de Direito Processual Civil, constata-se que a teoria da função promocional do direito é utilizada nas relações deste ramo do direito, porém de maneira não significativa, não sendo possível perceber uma real eficácia desta teoria na sistemática brasileira.

Embora as técnicas de comando normativo ofereçam um método de encorajamento visando seguir estas regras, nem sempre esta abordagem é realizada conscientemente pelos sujeitos processuais. Isto porque estes geralmente ficam adstritos a previsão normativa pura e simples, e no caso das normas processuais, não há, de fato, expressivas normas de cunho promocional.

Observa-se que as pessoas nem sempre conseguem avaliar as eventuais consequências de seu comportamento, fazendo com que, muito embora haja a intenção de se obter o melhor resultado jurídico possível, falta um critério de avaliação da eficiência, seja do cumprimento da norma ou de seu descumprimento.

A teoria funcionalista, quanto ao direito promocional, deveria ser utilizada no Direito Processual Civil brasileiro de maneira mais produtiva, apresentada gradativamente aos interessados, pois a interpretação da norma neste contexto ocorre de forma tímida e paulatinamente.

Verifica-se também que buscar um novo meio para a aplicação da norma não ocorre de uma forma ampla e imediata. Uma das formas de estimular essas práticas seria por intermédio das decisões judiciais mais complexas em que, na interpretação da norma, viessem promover mais a eficiência de sua aplicação do que o resultado imediatamente mais comumente previsto.

Importante o estímulo de práticas de incentivo para a solução do conflito de interesses por meio das sanções premiais, uma vez que estas produzem efeitos positivos no sistema jurídico processual vigente. O resultado é a diminuição das demandas ou a qualificação do resultado delas para uma maior eficácia do provimento judicial.

Referências

ARAÚJO, KLEBER JORGE DE. A função promocional do Direito na busca pela concretização das ordens e dos direitos sociais, à luz da teoria funcionalista de Bobbio. **Revista de Direito**, v. 09, n. 01, p. 125-154. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090105>. Acesso em: 20 set. 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, ano 38, v. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Editora Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria de direito**. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri: Editora Malone, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista; apresentação de Alaôr Caffé Alves. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et. al.. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. Salvador: JusPodivm, 2018.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. 15. reimpr. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.